

### ANÁLISE DOS EXCERTOS

Os excertos número 1 e número 5 que pertencem, respectivamente a Rousseau (século 18) e Tomas Hobbes (século 17) sublinham a ideia de pacto social. Fala-se aqui da Teoria Contratualista que pretende justificar a existência de um Estado com base nesta ideia de pacto. Podem distinguir-se dois tipos de pacto: por um lado, o pacto de união, em que os “cidadãos” de determinado Estado se associam e, por outro, o pacto de sujeição, em que após a associação, os “cidadãos” decidem atribuir-se ao poder dos governantes. Dito isto em latim existe o *pactum unionis* e o *pactum subjeccionis*. Ressalve-se que esta distinção vem da Idade Média.

No fundo, dentro dos autores Contratualistas há os que defendem que aquilo que é atribuído através do pacto de sujeição é a titularidade do poder, e outros que afirmam que o que se atribui através desse pacto é o mero exercício do poder político. Estas são teorias que partem do mesmo fundamento e que divergem quanto à transferência do poder: Rousseau defende por exemplo a transferência da titularidade e John Lock a atribuição do mero exercício do poder.

Se, por um lado, se admite a transferência da titularidade do poder, significa que não há fundamento para o controlo. Se, por outro lado, se admite a transferência do mero exercício do poder há já fundamento para o controlo. Daí que a teoria de Rousseau leve à doutrinação do Estado Absoluto e a teoria de Lock ao Estado Liberal. Rousseau diz ainda que a transferência defende um sistema de concentração de poderes num único órgão – parlamento – pelo que quando havia transferência de titularidade e, consequentemente, do exercício, apenas se concentra no parlamento. E este não é um sistema de governo num Estado de Direito, mas um sistema convencional porque a convenção era o nome que se dava na altura ao Parlamento. Neste sistema não existe separação de poderes.

O excerto número 2 pertence a um autor cuja obra principal se intitula “O Príncipe” (1500): Maquiavel. Segundo este autor, o soberano deve assumir uma posição de bondade e fidelidade aos seus compromissos e de justiça. Porém, deve ser capaz de proceder em contrário delas, se isso lhe convier.

No segundo parágrafo do excerto terceiro (Francisco Soarez, século 15/16) há uma remissão para as teorias contratualistas. Mas a primeira parte deste parágrafo remete para a ideia de Direito Natural. Releva então falar do chamado Direito Positivo, criado pelos homens, proclamado pelo Estado; este corresponde ao Direito que é criado, que não tem limitação e que, por assim ser, nega o Direito Natural.

Este último teve, ao longo do tempo, diferentes formulações: pode ter-se um Direito Natural de fundamento religioso ou de fundamento laico. A partir da época da razão surge o Direito Natural de fundamento laico, para o qual interessa a honestidade evidente referida no excerto terceiro.

O quarto excerto corresponde ao artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que não é o mesmo que a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

No sexto excerto (John Lock, século 17/18) existem duas ideias principais: no segundo parágrafo está expressa a separação de poderes (diferente da separação de órgãos). Ou seja, na História das Ideias Políticas a primeira vem muitos antes da segunda. Na primeira separam-se conceptualmente as tarefas que fazem parte destes poderes, e a segunda significa que um desses órgãos pode controlar os restantes. Ressalve-se que o nosso conceito actual de separação de poderes é também de órgãos: uma implica a outra actualmente. Na verdade, hoje em dia há uma separação de poderes atribuída a órgãos que, por sua vez, implica a noção de poderes recíprocos de fiscalização e, em última ordem, responsabilidade. *“É preciso que o poder limite o poder”* (Montesquieu). Na segunda parte do texto está a crítica àqueles que utilizam o poder em benefício dele próprio. Apesar de haver nesta segunda parte uma remissão para termos contratualistas, Rousseau não poderia ter escrito este texto.

Por fim, o último excerto (número 7) remete para Montesquieu, século 18. Interessa primeiramente relacionar três conceitos: amor – democracia – frugalidade. Enquanto todos não tiverem o básico não faz sentido evoluir. Está aqui presente a questão do mínimo indispensável (em Portugal isto relaciona-se com o artigo 1º da CRP). Não pode haver a garantia de que todos tenham tudo, pelo que interessa em primeiro lugar que todos tenham o mínimo indispensável.

## ANÁLISE DO TEXTO DO PROF. REIS NOVAIS

### 1. A ideia de Estado de Direito

Primeiramente, interessa falar da noção de “*polis*”, palavra em latim que significa cidade. Surge no século 8 antes de Cristo e vem assumir um papel importante na Ciência Política e, mais especificamente, no Direito.

Assim, este texto do Professor Reis Novais é sobre o Estado de Direito. O autor procura definir o que é Estado de Direito e isto é importante porque há aqui a identificação das características que nos surgem como fundamentais para tal definição.

Estado de Direito corresponde assim a um “*Estado organizado e limitado juridicamente com vista à garantia das liberdades e direitos fundamentais e juridicamente vinculado à promoção das condições do livre e autónomo desenvolvimento da personalidade individual*”. Por esta primeira definição se compreende que a norma procura potenciar a liberdade dos indivíduos.

Antes de se avançar com a ideia de Estado de Direito, releva aqui a distinção entre três conceitos:

- Estado Policia: tem que ver com a fase do Estado Liberal (século 19). Corresponde ao chamado «Estado de mãos atrás das costas», onde se intervém apenas se necessário.
- Estado de Policia: corresponde ao despotismo esclarecido (século 18), ao Estado Absoluto. O despotismo esclarecido é quando o monarca governa o mundo a favor da polis.
- Estado Policial: é o que utiliza o instrumento policial como instrumento de repressão (Totalitarismo).

No fundo, segundo o autor, a ideia de Estado de Direito surge como um conceito de luta política do movimento liberal contra o modelo de Estado de Polícia do século 18, ou seja, surge como resultado da luta entre o movimento liberal face ao despotismo esclarecido.

Mas o que integra o Estado de Direito? O Estado de Direito procura salvaguardar a garantia da segurança, liberdade e propriedade dos cidadão, através de:

- Marcada separação entre Estado e Sociedade (de forma a que esta de constitua um espaço auto-regulado onde coexistam e concorram as esferas de autonomia económicas e morais dos cidadãos). Ou seja, o Estado de Direito acentua a característica de autonomia que deve estar presente em todos os Estados.
- Redução da actividade do Estado ao mínimo exigido para a garantia da paz social e das condições objectivas que viabilizem o encontro das autonomias individuais e o livre desenvolvimento da personalidade de cada um.
- Transformação progressiva de toda a actividade do Estado em actuação fundada, organizada e limitada juridicamente e uma concepção das relações Estado-cidadãos como relações jurídicas.

Assim, existem dois objectivos que definem o Estado de Direito e que são indissociáveis: por um lado, o objectivo de garantir as liberdades e os direitos do homem e, por outro, o objectivo da organização e limitação jurídica do Estado.

No fundo, o Estado de Direito consiste numa tentativa de submissão do Estado ao Direito que, por sua vez, se traduz num triplo sentido:

- Num sentido de personalização jurídica do Estado, sendo que este assume deveres e direitos nas relações que estabelece com os cidadãos.
- No sentido em que o reconhecimento jurídico da autonomia dos cidadãos converte as liberdades e os direitos que as integram em direitos fundamentais que se impõem ao Estado como direitos subjectivos públicos e cuja garantia se alcandora a fim essencial do Estado.
- No sentido de que são jurídicas as técnicas destinadas a garantir os direitos fundamentais.

Direitos fundamentais e divisão de poderes são os elementos constitutivos do Estado de Direito (art. 16.º da DDHC, 1789). Os direitos fundamentais são o núcleo irredutível da ideia de Estado de Direito, já que é em função da sua garantia que os restantes elementos adquirem sentido.

## 2. Estado de Direito (material e formal) e Estado de Legalidade

O projecto liberal de Estado de Direito surge como uma construção acentuadamente material, visto que a limitação jurídica do Poder se justifica em função da garantia de um núcleo de valores que se impõe ao próprio Estado. Todavia, a confluência de alguns factores levou à redução desta caracterização material em favor dos elementos formais (Princípio da Legalidade da Administração e a Justiça Administrativa) na identificação do Estado de Direito.

Os factores que levaram a esta alteração foram:

- Por um lado, a instalação da burguesia e a consolidação do seu domínio.
- Por outro, verificava-se a ocultação da intenção material do Estado de Direito nas situações em que as regras deste Estado se instauravam pela via do compromisso com o princípio monárquico.

A formalização do Estado de Direito foi, no fundo, um processo que progressivamente reduziu o ideal da submissão do Estado ao Direito à procura de uma integral, mas neutra, subordinação da Administração à Lei.

A diferenciação entre Estado de Direito formal e informal não traduzia, nesta altura, a existência de diferentes tipos de Estado ou diferenças essenciais na concepção das relações entre os governantes e governados, uma vez que os pressupostos políticos que fundavam o Estado Liberal informavam, expressa ou implicitamente, as duas noções. Assim, os juristas procederam apenas a uma autonomização dogmática dos mecanismos jurídicos que se propunham garantir os direitos fundamentais, e não à

construção de uma teoria formal de Estado de Direito. Interessavam apenas a protecção do indivíduo face à aplicação da lei pela Administração e, daí, a quase exclusiva relevância do princípio da legalidade e das garantias jurídicas que permitissem aos particulares reagir contra a sua eventual violação.

Quando se reduz, porém, Estado de Direito a Estado “agindo na forma de Direito”, então compatibiliza-se o conceito com qualquer tipo de Estado. E quando se quebram todos os vínculos entre lei e garantia da liberdade, a formalização da ideia de Estado de Direito vê-se confrontada com a possibilidade da sua utilização abusiva por parte de projectos desvalorizadores das garantias e liberdades individuais.

Assim, releva distinguir Estado de Direito (mesmo formal) de mero Estado de Legalidade. Esta é uma distinção que pode não ser colhida por todos os autores. Há quem diga que o Estado de Legalidade é o Estado de Direito formal e o Estado de Direito é o Estado de Direito material. Se o estado de Direito fosse apenas o Estado em que se cumpre a lei, então qualquer Estado poderia ser um Estado de Direito. Assim, ao longo deste percurso, o princípio da legalidade transmuta-se sucessivamente de técnica por excelência de garantia dos valores liberais (Estado de Direito Liberal sem sentido material) em fim autonomizadamente considerado de garantia desses valores (Estado de Direito formal) e, por último, no Estado de Legalidade, em quadro neutro de realização dos mais diversos projectos políticos, na medida em que os valores que necessariamente nele vêm implicados são exigidos pelas necessidades de estabilização de qualquer ordem estadual.

### 3. Estado Social e Democrático de Direito

As novas experiências políticas que se sucedem à 1ª Guerra Mundial revelam uma intenção comum de superar os pressupostos do Estado Liberal. Enquanto os movimentos destruíam, na radicalidade das suas intenções, a própria subsistência do Estado de Direito, desenvolve-se na mesma altura uma outra alternativa que procura reatar ou prosseguir aquele ideal nas novas condições do século 20 e que dará origem ao Estado Social e Democrático de Direito.

Este novo modelo de Estado inscreve a assunção da integralidade do ideal de limitação jurídica do Poder e da preservação das garantias individuais legado pelo Estado de Direito liberal num quadro de profunda reconstrução das relações entre o Estado e a Sociedade e dos fins do Estado.

Proclamava-se agora a concepção da Sociedade não já como um dado mas como um objecto susceptível e carente de uma estruturação a prosseguir pelo Estado, com vista à realização do progresso económico, da justiça social, e da igualdade material de oportunidades, sem os quais o exercício dos direitos fundamentais não passaria de uma possibilidade teórica e a liberdade de uma ficção.

Por um lado, pretende-se uma estruturação e regulação da vida social e partir do impulso e da conformação estaduais. Por outro, reconhece-se e estimula-se a pressão e o controlo da sociedade sobre o Estado.

A expressão Estado Social procura sintetizar o sentido desse processo concertado de estadualização da Sociedade e de recíproca socialização do Estado (diferente de Estado assistencial, Estado-Providência, Estado de Bem-Estar, entre outros).

A transição do Estado liberal para o Estado social induz necessariamente uma reavaliação do sentido da limitação jurídica do Estado e dos direitos fundamentais.

Com efeito, para que o princípio pudesse conservar a sua operatividade nas novas condições, exigia-se uma demarcação externa da autonomia individual garantida contra invasões do poder público, bem como uma vinculação jurídica do Estado a uma intervenção positiva destinada a criar as condições de uma real vivência da liberdade. Assim, a actividade prestativa, interventora e conformadora do Estado deixa de se confinar à zona administrativa e de ser vista como limite externo da liberdade, para passar a impregnar todo o edifício estadual e a revelar-se como dimensão ineliminável da actual Constituição de Estado de Direito.

Consequentemente, a concepção liberal dos direitos fundamentais sofre todo um conjunto de alterações decorrentes da assunção do novo princípio de socialidade.

Em primeiro lugar, verifica-se a fundamentalização dos direitos sociais em sentido lato, o que se reflecte na sua consagração constitucional com consequências jurídicas que daí sempre resultam. Em segundo lugar, há uma reinterpretação global dos direitos, liberdades e garantias tradicionais. Por último, os direitos fundamentais são agora concebidos não apenas como garantias de defesa contra os abusos e violações perpetrados pela autoridade pública, mas igualmente como valores que vinculam as entidades privadas e adquirem relevância jurídica nas relações entre os particulares.

Também no que se refere aos elementos técnicos se verifica a manutenção dos fins que presidiram à respectiva institucionalização. A divisão de poderes reconduz-se definitivamente a um plano técnico e organizatório de divisão racionalizada e integrada de funções visando evitar a concentração ou o exercício não controlado do Poder.

No fundo, verifica-se aqui um mais ambicioso entendimento do princípio da legalidade, bem como o incremento de novas formas de limitação objectiva do Poder. Finalmente, verifica-se uma recomposição das relações entre legislativo, executivo e judicial. A consagração da justiça constitucional e o reforço do papel e independência do poder judicial surgem, cada vez mais, como verdadeiro coroamento da ideia de Estado de Direito.

Resta uma última dimensão do Estado social de Direito, a dimensão democrática, em cuja revitalização e aprofundamento o Estado de Direito recolhe a legitimidade que o habilita à assunção do novo princípio social. O quadro democrático é também uma exigência da natureza actual do Estado de Direito, já que os direitos fundamentais só obtêm cabal realização e protecção em regime democrático. Sem o reconhecimento integral dos direitos de participação política a esfera da autonomia individual estaria decisivamente amputada.

Assim, se o Estado de Direito tem sido no séc. 20, por exigência da verificada assunção do princípio da socialidade, Estado social de Direito, este é, por inerência da própria natureza e dos valores que prossegue, Estado democrático de Direito. A fórmula Estado democrático de Direito sugere a confluência, mas não a diluição, no mesmo

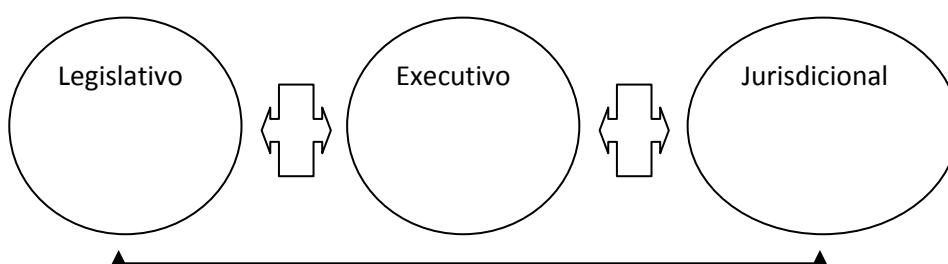
princípio estruturante da ordem constitucional, da segurança jurídica que resulta da protecção dos direitos fundamentais, da obrigação social vinculadora do Estado e da autodeterminação democrática.

O Estado social e democrático de Direito assume-se hoje como um quadro impregnado de uma intenção material própria, mas prospectivamente aberta a uma pluralidade de concretizações políticas.

## **LEITURA DE TEXTOS: DIVISÃO DE PODERES, FORMAS DE GOVERNO E OS MEDIA - RELAÇÃO**

Segundo Montesquieu, existe uma divisão de poderes entregue a ordens diferentes, havendo, portanto, uma fiscalização recíproca. É preciso que o poder limite o poder.

Também designado por sistema de roldanas, a certa altura surge a necessidade de existência de um quarto poder – comunicação social – que, sem ter objectivos próprios, fiscalizasse todos os outros. A questão que se coloca é a de saber se a comunicação social pode constituir esse quarto poder.



### **Texto 1: O Perigo da Telecracia**

Antes de mais, releva referir o seguinte: 1995 (ano da publicação do texto) foi a altura em que as televisões (privadas) entraram no mundo eleitoral, correspondendo, por isso, à altura em que apareceram as campanhas eleitorais desenhadas por profissionais de publicidade.

Assim, Telecracia corresponde ao poder da televisão.

Através do texto se percebe que há uma vulgarização da política, há uma marginalização desta que elimina a capacidade de deliberação racional.

O condicionamento é, agora, pedido. O público dá mais atenção ao que é bonito, dá atenção à empatia e a factores que não são verdadeiramente relevantes para a deliberação racional. O receptor da informação pode receber muito conteúdo, mas “apanha” o que mais lhe interessa.

### **Texto 2: Televisão, Eleições e Democracia**

Quando uma televisão está obrigada a transmitir, por exemplo, as eleições, o que acontece? O que fazer quando uma televisão é forçada a dar tempo de antena para a transmissão de determinado conteúdo?

- Liberdade de Imprensa;
- Liberdade de Conteúdo;



- Direito de Propriedade e Livre Circulação Económica.

Nos primeiros tempos, a coima aplicada era de tal forma diminuta, que compensava à televisão privada passar publicidade ao invés de tempo de antena e depois pagar a multa.

Este texto é importante na medida em que reflecte acerca do papel da televisão no processo eleitoral. Reflecte-se, aqui, acerca da teatralização e mediatização do discurso político, o que vai de encontro com Popper e Webber.

Quando se utiliza a ideia de um quarto poder, levanta-se o problema de “quem guarda o guarda” (quis custodes custodes). Se este quarto poder não tem o carácter de neutralidade que devia ter, então também precisa de ser fiscalizado. Inácio Ramonet veio defender que precisamos de criar um quinto poder que controle o quarto, sendo que este controla os restantes. No fundo, o último elo da cadeia precisa sempre (ou quase sempre) de ser fiscalizado.

- Opinião Pública: juízo de valor partilhado publicamente. Pierre Bourdieu diz que a opinião pública não existe, havendo antes uma capacidade de influenciar as pessoas.
- “Elegemos o Presidente da República (...) o que significa então?” – há aqui a ideia de condicionamento da televisão face às eleições.
- Quando maior a concentração, correntes contrárias surgirão face ao mesmo assunto. Toqueville tem uma frase muito curiosa: “A democracia é uma sensação de ruído”. Ou seja, há sempre uma contraposição de opiniões, e nunca uma voz única.

### Texto 3: A Mediação do Discurso Político

Uma das questões que se levanta actualmente é a capacidade de condicionamento da opinião pública bem como a importância que isso tem na formulação do discurso público, pois isto não pode por em causa a própria formulação da forma de governo. A opinião funciona como mediação entre governados e governantes, que deve ser neutra.

Mais uma vez temos aqui:

- Mediatização do discurso político (2ª coluna, 3º, 4º e 5º paragrafo)
- Relação entre a comunicação e a vida política.

O tempo e o lugar são previsivelmente definidos. A comunicação social ilude face à participação na democracia. E isto é perigoso.

E as regras de comunicação social só se aplicam aos Jornalistas? Ou também àqueles que não têm a carteira de Jornalista e que surgem no meio, mas que não são profissionais (cronista). Será que podemos permitir ao cronista influenciar a opinião pública?

A proliferação que se tem tido de comentadores políticos também é importante: a questão levantou-se a propósito dos comentários do Prof. Marcello Rebelo de Sousa. O quarto poder político é suficiente?

#### Texto 4: O Paradoxo dos “media”

Antes de mais releva saber que a Internet pode referir-se à versão online de um jornal ou a um blog. De facto, a publicação de uma notícia na versão online de um jornal não tem tantas regras como na versão escrita. Porém, a entidade reguladora da comunicação social veio dizer que os blogs podem estar abrangidos por regras de intervenção online. E isto não é ou não pode ser consensual. Os blogs são mais pessoais e, normalmente, não são regulados por normas. Geralmente, publica-se num blog qualquer coisa, assunto ou imagem sem preocupações com direitos e garantias.

Podemos aplicar as mesmas regras das versões escritas da televisão, dos jornais ou da rádio às versões online? E aos blogs? Se o fizermos, estes meios de comunicação online terão a mesma validade? Por exemplo, alguém coloca um determinado conteúdo ilícito num blog online anónimo. Podemos responsabilizar o fornecedor dos serviços de Internet? Esta é uma questão muito discutida. Os fornecedores dos serviços da Internet são obrigados a apagar ou a bloquear determinados conteúdos. Mas poderão ser responsabilizados?

A Internet, para além de não possuir um filtro regular e controlador da liberdade de conteúdo explícito, acaba por também vir eliminar o filtro dos outros meios de comunicação.

O paradoxo é o seguinte: sem liberdade de imprensa, não existiria democracia. Porém, esta liberdade começa a ameaçar a própria convivência democrática.

É necessário que o Estado e a lei assegurem a possibilidade de limitações à explicitação de conteúdos. Isto de modo a proteger-se determinados direitos, como o direito à reserva da vida privada.

#### Texto 5: Dignidade, Espaço Público

A dada altura, aparece o fenómeno dos *reality shows* que vêm tornar famosas pessoas que até aí eram anónimas.

Têm os media o dever de educar-se perante os sujeitos? Têm os media um dever de protecção dos sujeitos perante eles próprios?

“Cidadãos anónimos são catapultados para forma pública”. Esta é a forma de fazer informação mediática. Fazendo os indivíduos contar e recontar, relembrar situações que não devem ser presente. E tudo para tornar o privado no público, tudo para mediatizar situações e chamar à atenção dos receptores. Os convidados de um determinado programa são “meros bobos da corte”. E tudo por uns minutos de audição, de fama. Isto, mais do que uma violação do direito de reserva da vida privada, é uma violação da dignidade.

## CASOS PRÁTICOS: SISTEMA DE GOVERNO

### ♣ CASO PRÁTICO Nº 1

1. Interessa, antes de mais, identificar as questões que se assumem como relevantes:

No dia (a.) 11 de Junho de 2008, (b.) o Presidente da República decidiu demitir o Primeiro-Ministro, (c.) determinando ainda a cessação das suas funções e (d.) a sua substituição pelo anterior Ministro das Finanças. (e.) Reunido em Conselho de Ministros, (f.) o Governo decidiu resistir à decisão, (g.) aprovando uma proposta de lei que retira ao Presidente da República o poder de responsabilização política do Executivo. (h.) Dois meses depois, (i.) a Comissão Permanente da Assembleia da República aprovou aquela proposta de lei. (j.) Considerando não possuir outra alternativa, (k.) o Presidente da República dissolveu a Assembleia da República, (l.) partindo entretanto para Bruxelas, em visita oficial de um mês, previamente comunicada ao Primeiro-Ministro. (m.) Dois meses depois, coincidem eleições legislativas antecipadas e eleições presidenciais.

*Quid Juris?*

2. Posteriormente, compete analisar cada uma das 13 questões identificadas:
  - a. A data será, posteriormente, relevante.
  - b. O Presidente da República não pode demitir o Primeiro-Ministro. Pode demitir o Governo nos termos do artigo 195º/2 da CRP, que implica a existência de um requisito substancial e de um requisito formal.
  - c. O Presidente da República, nos termos do artigo 186º/4 da CRP, não pode determinar a cessação imediata das funções do Primeiro-Ministro, visto que numa situação de demissão do Governo, o Primeiro-Ministro é dispensado (exonerado) na data da nomeação e posse do novo Governo.
  - d. O Presidente da República nomeia o Primeiro-Ministro, nos termos do artigo 187º/1 da CRP, e tendo em conta os limites definidos pelo mesmo: “(...) *ouvidos os partidos representados na Assembleia da República e tendo em conta os resultados eleitorais*”.
  - e. Aqui não se verifica nenhuma irregularidade, sendo que, nos termos do artigo 200º/1 da CRP, compete ao Conselho de Ministros aprovar as propostas de lei e de resolução (alínea c) do mesmo artigo). Porém, é importante não confundir competência de iniciativa com competência de aprovação.
  - f. Aqui, viola-se o artigo 190º da CRP, de acordo com o qual o Governo é responsável perante o Presidente da República e a Assembleia da República.
  - g. O Conselho de Ministros tem, nos termos da alínea c) do artigo 200º/1 da CRP, competência para aprovar uma proposta de lei.

- h. Relativamente à questão temporal, releva o seguinte. O período de funcionamento normal da Assembleia da República decorre de 15 de Setembro a 15 de Junho (Art. 174º/2 CRP). Fora deste período, a Assembleia da República pode funcionar por deliberação do Plenário, prorrogando o período normal de funcionamento, por iniciativa da Comissão Permanente (Art. 174º/3 + 179º/1 CRP). O Presidente da República demitiu o Primeiro-Ministro a 11 de Junho, logo, ainda estávamos no período de funcionamento da Assembleia da República.
- i. A Comissão Permanente da Assembleia da República, ao aprovar aquela proposta de lei, está a violar o disposto no número 3 do artigo 179º da CRP. As competências da Comissão Permanente são de urgência, e só podem ser exercidas fora do período de funcionamento normal da Assembleia da República, o que não acontece.
- j. Existem sempre outras alternativas.
- k. O Presidente da República pode, efectivamente, dissolver a Assembleia, com algumas limitações. Neste contexto, relevam os artigos 133º, alínea e) e 172º/1/2 da CRP.
- l. Quando chegar de viagem, o Presidente da República perde o cargo, porque não preencheu o requisito formal: artigo 129º/1/2/3.
- m. Isto não é possível devido aos limites temporais: artigo 172º/1 CRP.

## ♣ CASO PRÁTICO Nº 2

Antes de mais, o Presidente da República não pode demitir o Primeiro-Ministro. Nos termos do artigo 195º/2 da CRP, o Presidente da República pode (apenas) demitir o governo quando tal se torne necessário para assegurar o regular funcionamento das instituições democráticas (requisito substancial), ouvido o conselho de Estado (requisito formal).

Em segundo lugar, o Presidente da República pode efectivamente nomear o Primeiro-Ministro, nos termos do artigo 187º/1 da CRP. Porém, tem de ouvir os partidos representados na Assembleia da República e tem de ter em conta os resultados eleitorais. Quanto à indicação do nome de um independente, não há qualquer limitação expressa na Constituição.

Todavia, quando indica o nome dos seus principais Ministros, está a violar o disposto no número 2 do artigo 187º da CRP: O Presidente da República é competente para os nomear, mas sob proposta do Primeiro-Ministro. Acresce ainda o facto de não se conhecer o nome de apenas alguns Ministros (conhecem-se de todos). Ainda a este respeito releva o seguinte: as funções dos restantes membros do Governo iniciam-se com a sua posse e cessam com a sua exoneração ou com a exoneração do Primeiro-Ministro (Art. 186º/2 CRP).

Cabe sempre ao Primeiro-Ministro a proposta dos nomes. E cabe ao Presidente da República aceitá-la ou não. Assim, o Presidente pode, de facto, recusar um dos nomes propostos pelo Primeiro-Ministro, tal como comprova o artigo 187º/2 da CRP.

Por fim, faltam analisar duas questões:

- Por um lado, quem pode apresentar uma Moção de Censura<sup>1</sup>? De acordo com o disposto no número 1 do artigo 194º da CRP, “*a Assembleia da República pode votar moções de censura ao Governo sobre a execução do seu programa ou assunto relevante de interesse nacional, por iniciativa de um quarto dos deputados em efectividade de funções ou de qualquer grupo parlamentar*”<sup>2</sup>. Neste sentido, o principal partido<sup>3</sup> da oposição não pode apresentar uma moção de censura.
- Por outro lado, a moção de censura foi aprovada pela maioria dos deputados presentes na sessão. Quais as consequências disto? De acordo com o artigo 195º/1, alínea f) da CRP, implicam a demissão do Governo a aprovação de uma moção de censura por maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções. Ora, antes de mais não sabemos quantos foram os deputados presentes. E, por isso, temos duas hipóteses: a moção de censura pode resultar na demissão do Governo caso os deputados presentes cheguem ao limite da alínea f) do artigo 195º da CRP; e, se não chegam, há uma responsabilidade política mas que não chega ao nível da demissão.

### ♣ CASO PRÁTICO Nº 3

A resolução deste caso é simples: em primeiro lugar, é da exclusiva competência do Governo a matéria respeitante à sua própria organização e funcionamento (Art. 198º/2 CRP). Por outro lado, nos termos do artigo 183º/3 da CRP, “*o número, a designação e as atribuições dos ministérios e secretarias de Estado, bem como as formas de coordenação entre eles, serão determinados, consoante os casos, pelos decretos de nomeação dos respectivos titulares ou por decreto-lei*”.

Tendo em conta estes dois aspectos, este diploma seria inconstitucional.

### ♣ CASO PRÁTICO Nº 4

Resolução da alínea a):

Antes de mais, quem pode apresentar uma Proposta de Referendo? De acordo com o artigo 167º/1 da CRP, a iniciativa de referendo compete aos Deputados, aos grupos parlamentares e ao Governo, e ainda, nos termos e condições estabelecidos por lei, a grupos de cidadãos eleitores, competindo a iniciativa da lei, no respeitante às regiões autónomas, às respectivas Assembleias Legislativas. A este propósito releva ainda o número 2 do artigo 115º, segundo o qual o referendo pode ainda resultar da iniciativa de cidadãos dirigida a Assembleia da República. Verifica-se assim o disposto nos dois artigos. Porém, basta que sejam 15 mil cidadãos? Não sabemos, na medida em que no artigo 167º da CRP há uma remissão para a Lei e nós não a conhecemos. Quanto

---

<sup>1</sup> Forma de o Governo ser responsável perante a Assembleia da República.

<sup>2</sup> Forma de organização dentro da Assembleia da República.

<sup>3</sup> Constituído nos termos do artigo 51º da CRP.

a todos os parâmetros referidos no caso, o único que releva é o facto de serem eleitores, porque esta é efectivamente uma exigência do número 1 do artigo 167º.

Ainda no que respeita a esta alínea, releva referir que a proposta de referendo não podia rever o sistema fiscal nacional (Art. 115º/4 CRP) e que a Assembleia da República não aprova, mas antes propõe ao Presidente da República (Art. 115º/2 CRP).

Resolução da alínea b):

Em primeiro lugar, não cabe ao Supremo Tribunal de Justiça apreciar esta questão (Art. 124º/2 CRP), mas antes ao Tribunal Constitucional. Por outro lado, a lista apresentada pelo candidato tinha 20 mil assinaturas reconhecidas, quando o máximo é de 15 mil. Por fim, interessa saber se Abel Lorenz poderia candidatar-se a Presidente da República (Art. 122º CRP). Quanto à idade podia, porém, não sabemos se ele é português de origem (*Ius Sanguinis*).

Resolução da alínea c):

Em primeiro lugar, o nome do Partido não respeita o número 4 do artigo 51º da CRP, “*não podem constituir-se partidos que, pela sua designação ou pelos seus objectivos programáticos, tenham índole ou âmbito regional*”.

Em segundo lugar, a data da sua constituição é também relevante, visto que este artigo 51º/4 surgiu apenas em 89. Até aí, tínhamos em Portugal partidos de índole regional, tal como o que se refere no caso.

Em terceiro lugar, os símbolos utilizados não respeitam o número 3 do artigo 51º/parte final (“*emblemas confundíveis com símbolos nacionais ou religiosos*”). Assim, pese embora a bandeira azul e branca e o hino da Maria da Fonte não serem símbolos actuais (Art. 11º CRP), não podem ser utilizados porque podem ser confundíveis.

Por fim, releva analisar a parte final desta alínea, nomeadamente no respeitante ao comício<sup>4</sup> realizado pelo partido, ao ar livre, em Faro, em Janeiro de 2007 que foi impedido de chegar ao fim por forças policiais. A comandante afirmou agir ao abrigo das disposições legais sobre o estado de sítio, declarado em fins de Dezembro de 2008 em virtude de ameaça de desembarques marroquinos nos sul da Península Ibérica. A questão que aqui se coloca é se efectivamente, isto era possível. Ora, a ameaça de desembarques marroquinos poderia levar à declaração do estado de sítio (Art. 19º/2 CRP). Porém, o duração do estado de sítio é de 15 dias (Art. 19º/5 CRP), sendo que no caso não há referencia específica ao dia, mas antes ao mês (de Dezembro de 2008 a Janeiro de 2009 poderíamos estar, ou não, dentro do limite temporal definido por lei). Relativamente a este aspecto, sublinhe-se que o estado de sítio pode ser renovado, desde que o Presidente da República avalie a sua necessidade. Para rematar, quanto à actuação da polícia, afirme-se, desde logo, esta está prevista no artigo 272º da CRP. Importa, todavia, aferir quanto à legitimidade do comandante: este só poderia acabar com o comício se na declaração do estado de sítio ficar suspenso o direito de exercício da liberdade de reunião previsto no artigo 45º da Constituição – Artigo 19º/8 da CRP.

---

<sup>4</sup> Exercício da liberdade de reunião (Art. 45º CRP).

Resolução da alínea d):

Nos termos do artigo 164º, alínea a), a Assembleia da República tem competência para regular esta matéria. Porém, convém analisar as regras impostas pela Assembleia, no sentido de confirmar a sua constitucionalidade:

- Não poderia definir o sufrágio universal a duas voltas nos termos dos artigos 149º/1 e 288º, alínea h) da CRP.
- A exigência de os cidadãos serem recenseados em território nacional não é violada: artigo 149º da Constituição.
- Ao definir o limite de idade (21 anos), viola o artigo 49º/1 da CRP.
- De acordo com o disposto nos artigos 49º, 10º e 113º da Constituição, não poderia estabelecer-se como requisito ter o curso liceal terminado, fazendo prova de não estarem desempregados há mais de um ano.

♣ **CASO PRÁTICO Nº 5**

Primeiramente, quanto à aprovação da Assembleia da República em votação final global, e de acordo com o disposto nos números 1 e 2 do artigo 168º da Constituição, a discussão dos projectos e propostas de lei compreende um debate na generalidade e outro na especialidade, sendo que a votação compreende uma na generalidade, uma na especialidade e uma votação final global – logo, é constitucional. Porém, não seria aprovado um projecto de lei, mas antes uma proposta (Art. 167º). O facto deste projecto ser apresentado pela Assembleia Legislativa da Madeira não tem qualquer relevância, pois esta tem competência de iniciativa (Art. 167º).

Relativamente ao segundo paragrafo, isto seria inconstitucional na medida em que, de acordo com o artigo 198º/2 da CRP, é da exclusiva competência legislativa do Governo a matéria respeitante à sua própria organização e funcionamento, sendo que a Assembleia da República não pode legislar esta matéria (Art. 183º/3 da CRP).

## **CASOS PRÁTICOS CIÊNCIA POLÍTICA**

### **♣ CASO PRÁTICO Nº 1**

Antes de mais, interessa referir que a requerimento do Presidente da República, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais (Art. 283º/1 CRP), sendo que quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

Neste contexto, interessa saber o que é a inconstitucionalidade por omissão. Esta verifica-se quando, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo acto ou certa actividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem determinadas consequências. Por omissão entende-se a falta de medidas legislativas necessárias, falta esta que pode ser total ou parcial. A violação da Constituição, na verdade, provem umas vezes da completa inércia do legislador e outras vezes da sua deficiente actividade, competindo ao órgão de fiscalização pronunciar-se sobre a adequação da norma legal à norma constitucional. O juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei: nenhuma omissão pode ser descrita em abstracto, mas somente em concreto, balizada entre certos factos. A ausência ou a insuficiência da norma legal não pode ser separada do seu tempo histórico, assinalado pela necessidade de produção legislativa e cuja duração, maior ou menor, ou será pré-fixada - muito raramente - pela própria Constituição ou dependente da natureza das coisas (ou seja, da natureza da norma constitucional não exequível por si mesma confrontada com as situações da vida, inclusive a situação que, à sua margem, esteja, por acção, o legislador ordinário a criar).

Assim, o órgão de fiscalização, sem se substituir ao órgão legislativo, tem de medir e interpretar o tempo decorrido, esse tempo que fora dado ao órgão legislativo (competente) para emitir a lei; e terá de concluir pela omissão, sempre que, tudo ponderado, reconhecer que o legislador não só podia como devia ter emitido a norma legal, tendo em conta as circunstâncias ou situações em que se colocou ou foi colocado. Pois o significado último da inconstitucionalidade por omissão consiste no afastamento, por omissão, por parte do legislador ordinário, dos critérios e valores da norma constitucional não exequível; e esse afastamento só pode ser reconhecido no tempo concreto em que um e outro se movam.

No limite, dir-se-ia que a inconstitucionalidade por omissão se reconduz a uma inconstitucionalidade por acção numa acepção latíssima - por reverter na persistência de regras legislativas e de comportamentos em contradição com o sentido objectivo da norma constitucional ou da Constituição.

Por outro lado, algumas omissões parciais implicam, desde logo, inconstitucionalidade por acção, por violação do princípio da igualdade, sempre que acarretem um tratamento mais favorável ou desfavorável prestado a certas pessoas ou a



certas categorias de pessoas, e não a todas as que, estando em situação idêntica ou semelhante, deveriam também ser contempladas do mesmo modo pela lei. É então que, reagindo contra o arbítrio, mais se propicia a intervenção dos tribunais a declararem inconstitucionais as normas legais que contenham essas omissões ou, eventualmente, a estenderem ou a reduzirem o seu âmbito. E outrossim (conforme tenho sustentado e o nosso Tribunal Constitucional reconheceu em 1984 no acórdão sobre o serviço nacional de saúde), a revogação da lei que dê exequibilidade a certa norma constitucional, sem ser acompanhada de emissão de nova lei, determina inconstitucionalidade material do acto revogatório.

Apesar de a lógica jurídico-constitucional apontar para a necessidade, por coerência com os postulados da constitucionalidade, de existência de fiscalização das omissões, esta tem assumido um desenvolvimento muitíssimo menor do que o da fiscalização das acções inconstitucionais do poder político. Nem podia deixar de ser assim (independentemente de quaisquer pré-entendimentos) por se localizar nas fronteiras da liberdade apanágio dos órgãos legislativos e do dever de legislar a que, apenas em casos contados, ficam adstritos.

A verificação da existência de inconstitucionalidade por omissão não altera a ordem jurídica, circunscreve-se a factor - a juntar, provavelmente, a outros - susceptível de levar os órgãos legislativos a transformar o seu comportamento de negativo em positivo. E é assim, por uma necessidade de equilíbrio entre o princípio da garantia da Constituição, encarnado no Tribunal Constitucional e o princípio democrático encarnado nos órgãos legislativos; é assim, por decorrência do Estado de Direito democrático - aquele que opera a síntese desses tais princípios.

Posto isto, nos termos do artigo 286º/3 da Constituição, o Presidente da República não poderia ter deixado de promulgar a lei de revisão constitucional.

Posto isto, a lei de revisão constitucional publicada é uma lei extraordinária, discutida e votada depois de a Assembleia da República ter aprovado uma resolução pela qual assumia poderes de revisão, através do voto de 180 dos 210 deputados presentes. Ora, nesta ultima parte, verificam-se também inconstitucionalidades. Em primeiro lugar, o que interessa são os deputados que estão em exercício de funções, e não os que estão presentes, sendo que o número legal de deputados são 230 e apenas 4/5 destes podem aprovar (Art. 284º/2 CRP). Será que bastavam 180 de 210 deputados presentes? Os 4/5 do artigo 284º/2 dizem respeito apenas aos deputados em efectividade de funções. Se 210 estão presentes não releva para este efeito. 4/5 de 230 deputados totais são 184, logo, não foi aceite por maioria.

Quanto às modificações propostas, releva o seguinte:

- ✓ A supressão do artigo 283º por prática inconstitucional recente ter demonstrado a sua manifesta inutilidade diz respeito à fiscalização por omissão e está protegido pelo artigo 288º da CRP.
- ✓ Quanto à modificação da alínea f) do número 1 do artigo 195º, exigindo-se uma maioria de 2/3 dos deputados em funções para aprovar uma moção de

censura ao Governo, em vez da exigência de uma maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções, esta é possível visto que não existe nenhum limite.

- ✓ Por fim, o facto de se ter acrescentado um número 4 ao artigo 218º (“*Conselho Superior da Magistratura*”), conferindo competência ao Conselho Superior da Magistratura (órgão político) para alterar as decisões do Supremo Tribunal de Justiça, quando as considerasse manifestamente injustas coloca em causa o artigo 288º, alíneas j) e m) da CRP.

## ♣ CASO PRÁTICO Nº 2

Este caso mostra-se inconstitucional logo no início: o Governo português não pode entregar na mesa da Assembleia da República uma proposta de lei de revisão. Nos termos do artigo 285º/1 da Constituição, a iniciativa de revisão compete aos deputados, e não ao Governo.

Quanto às modificações propostas, interessa analisar:

- ✓ Não é possível concretizar a vontade de alterar o sistema eleitoral proporcional utilizado nas eleições legislativas e substituí-lo por um sistema eleitoral maioritário nos termos do artigo 288º, alínea h) (parte final) da CRP.
- ✓ A intenção de alterar o número de votos necessários para a aprovação de um pedido de revisão extraordinária é possível, porque estes estão previstos no artigo 288º da Constituição.
- ✓ A alteração constitucional aprovada por 160 votos a favor e 30 abstenções que definiu a prescrição da incapacidade eleitoral passiva dos cidadãos com menos de 25 anos ou com mais de 70. Em causa está o direito de acesso a cargos públicos e podem ser feitas alterações a esse direito. E a maioria é suficiente? O número de deputados presentes é irrelevante ( $160 + 30 = 190$ ), pelo que o que interessa é saber se foi aprovado por  $2/3$  de 230 (153). Sim, a maioria é suficiente e pode verificar-se esta alteração.
- ✓ Por fim, a possibilidade de um texto de revisão ser aprovado durante a vigência de situações de excepção constitucional, desde que os demais termos do processo de revisão se tenham desenrolado anteriormente à sua declaração está protegido pelo artigo 289º da Constituição, sendo que esta alteração não é passível de ser efectuada.

## ♣ CASO PRÁTICO Nº 3

Primeiramente, interessa verificar se a Assembleia da República tem competência para aprovar uma lei eleitoral para as eleições parlamentares: tem, nos termos do artigo 164º da Constituição.

Seguidamente, interessa analisar cada uma das alterações previstas:

- ✓ A alteração que prevê que os cidadãos portugueses com idade inferior a 25 anos, excepto os casados, licenciados ou clérigos de ordens sacras, desde que nestes casos com idade superior a 20 anos, não possuam capacidade eleitoral activa vai contra os artigos 49º (“*Direito de Sufrágio*”), 10º (“*Sufrágio Universal e Partidos Políticos*”) e 113º/3 (“*Princípios Gerais de Direito Eleitoral*”).
- ✓ Esta alteração não é possível na medida em que, de acordo com o disposto no artigo 152º/1 da Constituição, a lei não pode estabelecer limites à conversão dos votos em mandatos por exigência de uma percentagem de votos nacional mínima.
- ✓ Esta última alteração também não é possível porque viola o disposto nos artigos 113º/1 e 10º da Constituição, nomeadamente relativamente à questão da igualdade.

#### ♣ CASO PRÁTICO Nº 4

Antes de mais, interessa referir que o referendo encontra-se regulado no artigo 115º da Constituição.

Em segundo lugar, o Governo não pode anunciar que vai propor um referendo. De acordo com o artigo 115º/9 da Constituição, os números 1,2,3,4 e 7 do artigo 113º da Constituição aplicam-se ao referendo, com as devidas alterações. Neste artigo, logo no número 1, faz-se referência à exigência de ser secreto.

Em terceiro lugar, interessa saber se as medidas anunciadas pelo Governo poderiam verificar-se ou se, efectivamente, se mostram inconstitucionais:

- ✓ De acordo com o disposto no artigo 115º da CRP, não se pode convocar um referendo que terá como objecto a eventual alteração da capacidade eleitoral activa de 18 para 25 anos.
- ✓ Quanto à aprovação de um Decreto-Lei alterando os artigos 9º e 10º da lei do referendo da Constituição, ressalve-se apenas que o Governo não tem competência para tal (Art. 164º CRP).

## VICISSITUDES CONSTITUCIONAIS

- ✓ São vicissitudes constitucionais situações ou eventos que podem acontecer durante a vigência do texto constitucional.

- ✓ QUANTO AO MODO

- Expressas: deliberadas, intencionais, sendo que há uma vontade de introduzir uma alteração.

- Revisão Constitucional em sentido estrito: Alterações constantes nas Constituições rígidas, em que o processo de revisão é diferente do processo de produção de uma lei ordinal. Esta é a forma mais frequente de vicissitude constitucional, mas não é a única.
- Derrogação Constitucional: Também designada de auto ruptura constitucional, corresponde à revogação apenas para um caso concreto. Não cessa aqui a vigência da lei. Esta mantém-se em vigor e apenas não mostra efeitos num estado concreto (por exemplo, o artigo 292º derroga o artigo 29º CRP)
  - A revogação é uma forma de cessação da vigência das leis. E tem dois princípios gerais: por um lado, a lei posterior revoga a lei anterior e, por outro, a lei especial revoga a lei geral.
- Transição Constitucional: Só é possível no caso em que não existam limites materiais nas Constituições rígidas.
- Revolução: Carece de apoio popular. Há uma intenção deliberada de introduzir algum evento na Constituição. Diz-se não jurídica na medida em que o objectivo da revolução é alterar a ideia de direito.
- Ruptura não Revolucionária: levada a cabo por órgãos do poder.
- Suspensão Parcial da Constituição (Art. 19º CRP): Faz distinguir os Estados de normalidade constitucional e os Estados de excepção constitucional, onde se consagram o estado de sítio e o estado de emergência. É o Presidente da República que declara o estado de sítio e/ou estado de emergência. Nesta declaração devem estar expressos os direitos fundamentais suspensos, sendo que existem alguns impossíveis de suspensão (Art. 19º/6 CRP). Pode haver uma declaração de estado de sítio e/ou estado de emergência sem suspensão de direitos, mas não o contrário. A suspensão é parcial, e não total, porque a última não é possível. A suspensão total da Constituição corresponde a um caso de ruptura não revolucionária.

- **Tácitas:** não são expressas ou deliberadas.
  - **Costume:** Fonte de direito que resulta de uma prática reiterada com a convenção da obrigatoriedade (por exemplo, a dualidade entre chefia de Estado e de soberania). No fundo, ninguém está a pensar criar um costume constitucional.
  - **Interpretação Evolutiva da Constituição**
  - **Revisão Indirecta:** aquilo que muda não é a constituição, mas as normas recebidas por via de recepção formal (por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem). Ninguém mexe no articulado da nossa Constituição (Art. 16º CRP).

✓ **QUANTO AO OBJECTO**

- **Parciais:**
  - Revisão Constitucional em sentido estrito;
  - Derrogação Constitucional;
  - Ruptura não Revolucionária;
  - Suspensão Parcial da Constituição;
  - Costume;
  - Interpretação Evolutiva da Constituição;
  - Revisão Indirecta.
- **Totais:**
  - Transição Constitucional;
  - Revolução.

✓ **QUANTO AO ALCANCE**

- **Geral e Abstracto:**
  - Revisão Constitucional em sentido estrito;
  - Transição Constitucional;
  - Revolução;
  - Ruptura não Revolucionária;
  - Suspensão Parcial da Constituição;
  - Costume;
  - Interpretação Evolutiva da Constituição;
  - Revisão Indirecta.

- **Individual e Concreto:**

- Derrogação Constitucional.

- ✓ **QUANTO ÀS CONSEQUÊNCIAS NA ORDEM CONSTITUCIONAL**

- **Na Evolução Constitucional:**

- Revisão Constitucional em sentido estrito;
  - Derrogação Constitucional;
  - Transição Constitucional;
  - Suspensão Parcial da Constituição;
  - Costume;
  - Interpretação Evolutiva da Constituição;
  - Revisão Indirecta.

- **Com Ruptura:**

- Revolução;
  - Ruptura não Revolucionária.

- ✓ **QUANTO À DURAÇÃO DOS EFEITOS**

- **Efeitos Definitivos:**

- Revisão Constitucional em sentido estrito;
  - Derrogação Constitucional;
  - Transição Constitucional;
  - Revolução;
  - Ruptura não Revolucionária
  - Costume;
  - Interpretação Evolutiva da Constituição;
  - Revisão Indirecta.

- **Efeitos Temporários:**

- Suspensão Parcial da Constituição;

## **CONTEXTO NACIONAL – INTERNACIONAL DA DIVISÃO E SEPARAÇÃO DE PODERES: CONCEPTUALIZAÇÃO DA DIVISÃO DE PODERES À SEPARAÇÃO E INTERDEPENDÊNCIA**

A divisão de poderes corresponde à simples divisão do poder do Estado. John Lock defendeu isto mesmo com as Teorias da Separação de Poderes, que consagravam não apenas a separação, mas também a sua atribuição a órgãos. Numa última fase verifica-se uma evolução e autores como Montesquieu consagram, nas suas conjecturas, a separação e interdependência de poderes.

Ora, tal verifica-se num contexto nacional. Mas esta divisão pode complicar-se se introduzirmos o contexto internacional. No fundo, de que forma os estados se podem introduzir no contexto internacional?

Na Constituição da República Portuguesa (CRP) , no seu artigo 7º, está uma síntese da forma como se estabeleceu o Estado Português no contexto internacional. Assim, interessa analisar este artigo:

- Art. 7º/1: Aqui, encontramos vários princípios que regem a posição de Portugal nas relações internacionais: princípio da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos. A forma verbal utilizada leva a uma ideia de submissão a estes princípios.
- Art. 7º/2: Estão em causa situações de acordo com as quais Portugal, por si só, não consegue realizar.
- Art. 7º/3: Consagra-se um objectivo específico que Portugal procura realizar, tendo este um carácter de universalidade.
- Art. 7º/4: Tem uma particularidade, na medida em que, enquanto os primeiro três estabelecem princípios, aqui recortam-se determinadas comunidades específicas.
- Art. 7º/5: Outra delimitação particular, na medida em que se define que o objectivo de reforço da identidade europeia e de fortalecimento da acção dos Estados europeus faz-se em prol da democracia, da paz, do progresso económico e da justiça nas relações entre os povos.
- Art. 7º/6: Este já foi alterado pelo menos duas vezes, e vem dizer que pode haver uma política comum externa. Mas a verdade é que realmente os tratados prevêm isto, que tem, por sua vez, de estar constitucionalizado.
- Art. 7º/7: Este foi editado pela revisão de 2001, permitindo a sujeição de Portugal ao Tribunal Penal Internacional.

Um dos principais problemas ao nível da submissão ao contexto internacional vê-se, desde logo, no que respeita à separação de poderes: legislativo, executivo e

jurisdicional. No que concerne aos dois primeiros, não existem conflitos. Porém, ao nível jurisdicional sim, porque torna-se difícil submeter-se a uma jurisdição internacional.

Mas onde é que se encontra este problema da subscrição da jurisdição internacional? Se tivermos uma jurisdição internacional, os Estados estão obrigados aos tribunais associados? Por exemplo, um membro das Nações Unidas não é obrigado a subscrever o protocolo do Tribunal Internacional da Justiça.

Este é um problema enorme, visto que é complicado fazer garantir que os Estados cumpram determinadas decisões.

Por exemplo, nós fazemos parte do Conselho da Europa (diferente do Conselho Europeu), da União Europeia e da Organização das Nações Unidas. Vejamos:

<b><u>Organizações Internacionais</u></b>	<b><u>Normas</u></b>	<b><u>Tribunais</u></b>
<u>ONU</u>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Criada com a Carta das Nações Unidas.</li> <li>• Consagra a Declaração Universal dos Direitos do Homem.</li> </ul>	Tribunal Internacional da Justiça (a submissão é opcional)
<u>União Europeia</u>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Criada com o Tratado de Roma – Tratado de Lisboa.</li> <li>• Consagra a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que, com o Tratado de Lisboa, passa a ter um carácter vinculativo.</li> </ul>	Tribunal da Justiça da União Europeia (a submissão é obrigatória para os membros das Nações Unidas)
<u>Conselho da Europa</u>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Criada com o Tratado de Londres.</li> <li>• Consagra a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.</li> </ul>	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (diferente da União Europeia, visto que este aplica a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e se assume como essencial quanto às garantias e direitos do Homem no espaço europeu).

Portugal faz parte destas três organizações internacionais, estando sujeito às declarações e tribunais que pertencem a cada um. Mais, tal como prevê o artigo 7º da CRP, Portugal está também vinculado ao Tribunal Penal Internacional. Ressalve-se que o grosso dos direitos está previsto. Ou seja, se, por exemplo, o direito à vida e à liberdade está previsto na Constituição da República Portuguesa, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, qual dos quatro tribunais



tem prioridade? É claro que há regras para se saber o caminho a seguir, mas são regras complexas. A abundância de mecanismos de protecção pode não ter apenas aspectos positivos.

Há efectivamente um autor – Francis Fukuyama – que tem algumas obras nas quais procura defender a sua posição, de acordo com a qual o grande problema é quando tentamos transpor esta visão da separação de poderes a nível estadual para o internacional. Assim, surgem, segundo este autor, problemas quanto às funções do Estado (que se alteram profundamente de um nível para outro) e quanto à base de legitimidade, visto que a nível estadual há uma relação entre governantes e governados e internacionalmente não é tão evidente em nome de quem são exercidos os poderes. Fukuyama diz ainda existir problemas ao nível da comunidade internacional, na medida em que é mais difícil articular a descentralização do poder e a autoridade e também quando falamos de uma análise estadual estamos a falar de Estados completos, sendo que internacionalmente temos Estados fortes e fracos, que levam a um constrangimentos diferente entre eles.

Estes problemas, relacionados com a divisão de poderes aos dois níveis, tem que ver com as próprias organizações internacionais:

- a. Interessa então saber, dentro das organizações internacionais, a formação da deliberação. Na União Europeia, a deliberação alcança-se por maioria simples (no plano do Direito Constitucional Internacional as diferenças entre Estados não têm qualquer relevância, para no plano da Ciência Política têm).
- b. Releva também saber se as normas internacionais são vinculativas aos Estados membros, bem como saber se são directamente aplicáveis. Regra geral, Portugal adere às organizações internacionais, estando vinculado às suas normas (artigo 8º CRP).
- c. A União Europeia tem dois tipos de regras: os regulamentos e as directivas. Os primeiros são aplicáveis directamente, pelo que têm efeito imediato. Mas as directivas vêm dizer que o Estado fica obrigado a fazer uma lei que transponha o que diz a directiva. Esta constitui uma obrigação para o Estado, enquanto o regulamento destina-se a todos os cidadãos. Relativamente ao regulamento, não temos que discutir ao nível interno quem tem competência para o transpor. Quanto à directiva, este problema já surge. Quando o Estado não transpõe a directiva no prazo definido, sofre duas consequências: por um lado, a responsabilização do Estado (Art. 22º CRP + Lei 62/2007) e, por outro, a omissão do acto legislativo, sendo que esta passa a ter efeito directo, passando a ser um regulamento, de modo a não prejudicar os cidadãos.
- d. Interessa ainda saber se os indivíduos têm ou não acesso directo às organizações internacionais e aos tribunais competentes. E passamos aqui a falar da relação indivíduo-Estado. Pode um cidadão fazer queixa do seu próprio Estado ou de outro? Isto leva a outra questão: haverá cidadania internacional? Cidadão é a pessoa vinculada à cidadania de um Estado, e cidadania remete para o reconhecimento de direitos e para a previsão de

deveres por parte de um Estado. Por exemplo, nos somos cidadãos portugueses, mas de acordo com o Tratado de Lisboa somos também cidadãos da União Europeia.

O professor Luís Pires vem dizer que ao nível da União Europeia temos dois problemas: por um lado, o problema da crise do Estado-Nação (evidente ao nível europeu) e, por outro, a crise ao nível do constitucionalismo.

Ressalve-se, apesar do referido, que existem determinados princípios que temos ao nível estadual e que tentamos passar para o nível internacional. São então princípios do constitucionalismo nacional que tentamos transpor para a comunidade internacional:

- Princípio da separação de poderes;
- Princípio do conteúdo mínimo;
- Princípio da legalidade;
- Princípio do controlo constitucional.

A questão da base de legitimidade levanta um outro problema é possível haver uma democracia global? É ou não possível uma “governança” global assente numa democracia idêntica à do nível nacional? O facto de o Conselho da Europa dizer que apenas podem entrar para esta organização estados com regimes democráticos é um paradoxo: a democracia limita-se a si própria.

## **FUNÇÕES DO ESTADO: RESUMO**

As funções do Estado correspondem às necessidade colectivas sentidas pela população e que cabe ao Estado providenciar e, de certa forma, resolver. Estas funções podem dividir-se em duas componentes, diferentes mas complementares:

- 1) Funções do Estado enquanto tarefa, que correspondem à forma directa de fazer leis. Estas encontram-se consagradas na Constituição, no seu artigo 9º. Estamos aqui a falar com funções que têm muito a ver com o domínio da Ciência Política, que depende da concretização histórica naquele lugar e situação.
- 2) Funções do Estado enquanto actividade, que correspondem aos meios que o Estado dispõe para satisfazer as necessidades colectivas (forma indirecta). Encontram-se consagradas no artigo 161º da CRP.

Aqui, existem três funções principais e merecedoras de atenção:

- a. Legislativa
- b. Jurisdicional
- c. Executiva ou Administrativa

Esta é uma classificação típica, que depois pode admitir funções técnicas correspondentes àquelas que pertencem ao monopólio de actividade do Estado.

Ao longo do tempo houve, efectivamente, uma discussão quanto a esta temática:

- Alineck distinguia as funções do Estado tendo em conta dois critérios: por um lado, os fins podiam ser jurídicos ou culturais e os meios poderiam ser abstractos ou concretos. Assim:
  - Legislativa: fins jurídicos por meios abstractos;
  - Jurisdicional: fins jurídicos por meios concretos;
  - Executiva ou Administrativa: fins culturais por meios abstractos ou concretos.
- Duguit fazia a distinção tendo em conta o tipo de actos resultantes das acções do Estado.
- Kelsen (Positivismo Jurídico) defendia não haver grande distinção entre a criação e formação do Direito, não distinguindo entre as funções do Estado enquanto actividade.
- Lavainstein, relativamente às funções do Estado enquanto actividade, distingue:
  - Função de decisão política – Legislativa;
  - Função de execução política – Executiva;
  - Função de fiscalização política – Jurisdicional;

- Marcello Caetano apresenta uma Teoria Integral das Funções do Estado, que defende no âmbito do Direito Constitucional e da Ciência Política. Assim:

- Funções Jurídicas
  - Função de criação – Legislativa;
  - Função de execução administrativa;
  - Função de execução jurisdicional;
- Funções não Jurídicas:
  - Função Política – estritamente governamental;
  - Função técnica – situação em que o Estado directamente fornece bens e serviços ao cidadão.

Esta distinção é criticada na medida em que num Estado de Direito não podem haver funções não jurídicas. Toda a actividade estadual está dentro dos limites da lei.

Nós adoptamos a classificação feita por Jorge Miranda, que apresenta algumas reminiscências com a Teoria Integral das Funções do Estado de Marcello Caetano. Assim, distingue entre:

- Funções Primárias (funções políticas em sentido lato que abrangem as funções legislativa e política em sentido estrito):

- Definem o fim do interesse público;
- Características:
  - Discrecionabilidade<sup>5</sup> (forma de actuação legítima do Estado, que está sujeito a todos os limites do Direito). Esta pode ser optativa (a lei dá uma margem de actuação) ou criativa (o Estado pode escolher o instrumento a utilizar para actuar);
  - Oportunidade: ninguém pode dizer a um órgão qual o momento adequado para fazer uma lei. Salvo quanto ao prazo de transposição das directivas, visto que a oportunidade para fazer um diploma está definido *a priori* e quanto ao disposto no artigo 283º da CRP;
  - Organização: órgãos colegiais que participem de forma legislativa.

- Funções Secundárias

- Função Jurisdicional (características)
  - Imparcialidade;
  - Passividade (espera que as questões lhe sejam colocadas);
  - Independência e organização;

---

<sup>5</sup> Difere de arbitrariedade (não pode existir num Estado de Direito)

- Órgãos independentes sujeitos a uma hierarquia.
- *Jurisdição Civil:*
  - 1ª Instância – Tribunal de Primeira Instância;
  - 2ª Instância – Tribunal da Relação (Lisboa; Porto; Coimbra; Évora);
  - 3ª Instância – Supremo Tribunal de Justiça (conselheiros);
- *Jurisdição Administrativa:*
  - 1ª Instância –
  - 2ª Instância – Tribunal Central Administrativo;
  - 3ª Instância – Supremo Tribunal Administrativo.
- Função Administrativa (características):
  - Princípio da Iniciativa (Diferente do princípio da passividade): em princípio, a Câmara Municipal do Porto tem de ter serviços de fiscalização de modo a saber que, por exemplo, a Rua dos Bragas não tem iluminação.
  - Princípio da Parcialidade: quando falamos em termos de interesse público e privado, deve preferir-se o primeiro.
  - Princípio da Imparcialidade: quando falamos em dois interesses públicos ou dois interesses privados.

Destas funções resultam actos:

- ✓ Função Política
  - Actos políticos;
- ✓ Função Jurisdicional
  - Lei Constitucional;
  - Lei Ordinária
    - Lei;
    - Decreto-lei;
    - Regulamentos;
- ✓ Função Administrativa
  - Actos Unilaterais (podem ter efeitos)
    - Gerais e abstractos – Via regulamento (actos que não são leis);
    - Individuais e Concretos – Via acto administrativo;
  - Actos Bilaterais (os contratos administrativos têm dois lados para efeito de definição da conclusão)

## **ELEMENTOS DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO**

O Estado permanece ao longo do tempo, ainda que existam alterações. Esta é uma característica comumente designada por institucionalização, e dela a que seja necessário encontrar elementos orgânicos que sustentam essa permanência ao longo do tempo. De Geek dedicava-se ao Psidogicismo, que consagrava o Estado como orgânico, sendo que o seu objecto de estudo era a permanência ao longo do tempo.

O Estado deve ser visto como pessoa colectiva e como pessoa individual. Interessa, neste contexto, sublinhar que os órgãos do Estado expressam a vontade das pessoas colectivas. Falamos aqui de uma vontade funcional. Aquilo que os órgãos dizem é competência do Estado, como se fosse a pessoa colectiva a agir. Interessa também afirmar que órgãos são centros institucionalizados de imputação da vontade de pessoas colectivas.

Esta matéria releva nomeadamente quanto ao problema da relação entre os poderes dos próprios órgãos do Estado. Sendo que quando falamos em órgãos do Estado, interessa encontrar alguns elementos base:

- a) Elemento Institucional: os órgãos são aquilo que permite que o estado vá permanecendo;
- b) Elemento Competência: parcela de poder do estado que aquele órgão exerce. Relativamente a este aspecto interessa referir que competência é diferente de atribuição. Competência pertence aos órgãos e atribuições ao Estado.
- c) Elemento Titularidade: pessoa física que em determinado momento ocupa aquele órgão específico.
- d) Elemento Cargo: também designado de mandato. Ressalve-se que todos os mandatos são cargos, mas nem todos os cargos são mandatos.

E que tipo de órgãos podemos ter?

- 1. Quanto ao número de titulares:
  - a. Órgãos Singulares (um único titular: Presidente da república);
  - b. Órgãos Colegiais (mais do que um titular: Assembleia da República);
- 2. Órgãos Simples
- 3. Órgãos Complexos (cascata de órgãos, isto é, vários órgãos dentro daquele órgão: Governo [artigo 183º CRP], dentro do qual está o Conselho de Ministros [artigo 184º CRP])
- 4. Órgãos Deliberativos (tomam decisões);
- 5. Órgãos Consultivos (limitam-se a emitir pareceres);
- 6. Órgãos Electivos (os titulares são designados por via da eleição);
- 7. Órgãos Não electivos;

8. Órgãos Representativos (várias correntes diferenciadas; o órgão típico representativo português é a Assembleia da República [artigo 147º CRP]; tem que ver com a ideia de pluralismo);
9. Órgãos não Representativos;
10. Órgãos Constitucionais (aqueles que estão previstos na Constituição);
11. Órgãos não Constitucionais;
12. Órgãos Primários;
13. Órgãos Vicários (substituem os primários – artigo 132º CRP).

Os órgãos singulares são sempre, necessariamente, órgãos simples. E os órgãos colegiais podem ser simples ou complexos. Um órgão singular decide e um órgão colegial delibera. A regra, no Direito Público, é de que os pareceres são obrigatórios, mas não vinculativos. Nem todos os órgãos constitucionais são órgãos de soberania (artigo 110º). Por exemplo, no que respeita aos tribunais, o conjunto dos tribunais é que corresponde a um órgão de soberania. A vicariedade em a ver com a ideia de substituição interna: não há uma designação de um novo titular.

Interessa ainda aludir às formas de designação de titulares de órgãos (FDTO):

- ✓ Herança
- ✓ Hereditariedade
- ✓ Antiguidade
- ✓ Sorteio
- ✓ Rotação
- ✓ Inerência
  - Composição do Conselho de Estado (artigo 142º CRP)
  - Alguém que exerce um determinado cargo, exerce outro por inerência.
- ✓ Nomeação
  - Primeiro-Ministro
  - Quando o titular de um órgão designa o titular de um outro órgão.
- ✓ Cooptação
  - Tribunal Constitucional (artigo 222º/1 CRP)
  - Parte dos titulares de um órgão designam os restantes titulares do mesmo órgão).
- ✓ Sufrágio Directo e Periódico
  - Artigo 10º + 113º/1 CRP
  - Regra geral de designação dos titulares de órgãos electivos.
  - Colégio Eleitoral Activo (quem tem possibilidade de eleger)

- Colégio Eleitoral Passivo (quem tem possibilidade de ser eleito)
- Sufrágio Universal (não há distinção quanto ao voto)
- Sufrágio Restrito
  - Capacitário (exigência de habilitações literárias, por exemplo)
  - Censitário (exigência de gosto, ou de nível financeiro, por exemplo).
- Sufrágio Obrigatório
- Sufrágio Facultativo
- Sufrágio Directo (são os cidadãos que elegem)
- Sufrágio Indirecto (os cidadãos elegem a Assembleia que depois elege o Presidente)
- Sufrágio Individual (candidatos independentes; Presidente da República)
- Sufrágio por Listas (Assembleia da República)
- Sufrágio Uninominal (um titular por circulo eleitoral)
- Sufrágio Plurinominal (vários titulares por circulo eleitoral)
- Sufrágio Igualitário (Simples: uma pessoa = um voto)
- Sufrágio não Igualitário
  - Voto múltiplo (uma pessoa = vários votos)
  - Voto plural (uma pessoa pode ter mais do que um voto)



## **TIPOLOGIA DOS SISTEMAS DE GOVERNO** **(MODO COMO SE ARTICULAM OS ÓRGÃOS ENTRE SI)**

- Ao longo do tempo, os autores da Ciência Política aludiram as formas de governo, fazendo algumas diferenças relevantes:
- Monarquia Absoluta (até á Revolução Francesa), que corresponde ao Estado Absoluto e que não encontra limitações no texto Constitucional.
  - Governo Representativo Clássico ou Liberal (directamente inspirado pela Revolução Francesa)
  - Democracia Jacobina Radical (remete para César, para Napoleão Bonaparte) e está aqui presente a ideia imperial de Governo.
  - Monarquia Constitucional Limitada (tendencialmente encontrada no século 19) é uma monarquia limitada pelo texto Constitucional.
  - Democracia Representativa.

Relevam então algumas ideias principais:

- Os autores da Ciência Política, para identificarem algumas formas de governo, distinguiram entre:
  - Formas de Governo pré-constitucionais (que coexistem com a ideia de Constituição, como a Monarquia Absoluta);
  - Formas de Governo pós-constitucionais (admite-se apenas formas de Governo com separação de poderes e com representação política e remete para a emergência do Estado Constitucional Representativo e de Direito).
- Podemos então distinguir:
  - Com ou sem Representação Política;
  - Com ou sem Separação de Poderes;
  - Pré ou pós Constitucionais;
- Num Estado Constitucional Representativo e de Direito encontramos estas três características (monarquia e república, por exemplo; a democracia pode ser aqui compatibilizada)
- No caso da República, o princípio republicano implica que não se eleja com um, mas com todos. Mas isto não está muito certo. Por exemplo, dos quatro órgãos de soberania existentes em Portugal, o Governo e os Tribunais não são eleitos. Ainda que esta expressão deva ser entendida com grono salis (expressão muito utilizada no direito e que significa que deve ser vista de forma mais fina), é necessário entender que, quando se conjuga república com democracia qualquer um pode exercer qualquer cargo (artigos 48º e 50º CRP). Este principio tem alguns corolários:

- Numa república, todos os órgãos políticos são cargos funcionais. Não há um direito de ocupar determinado cargo, há o direito de o exercer.
  - Ideia de temporalidade, que implica que este princípio, levado às suas consequências, leva a que tenhamos cargos hereditários e vitalícios. E os cargos ou mandatos devem ter duração curta. É a limitação temporal que está aqui em causa.
  - Devem ainda estabelecer-se limites à renovação do cargo (artigos 113º e 118º CRP).
  - A partir do momento em que alguém deixa de ser de um determinado órgão, deixa de usufruir dos benefícios do mesmo. Em Portugal, as pensões vitalícias e o facto de os antigos presidentes da República manterem o direito a um gabinete e secretário contraria esta ideia.
  - Não há ou pode haver qualquer previsão de direitos ou situações específicas para familiares (ao contrário do que acontece na monarquia).
- Quem é que hoje em dia pode concorrer à Presidência da República? Artigos: 120º + 121º + 122º + 123º + 124º + 126º + 128º + 288º/al. b), do qual se devem retirar consequências que se impõem à revisão constitucional e não apenas como limite material relativamente aos artigos anteriores.
- Como se conjugam formas e sistemas de governo?
- Sistema Dualista
    - Parlamentar (O Governo só é responsável perante o Parlamento, pelo que este é o centro da vida política; O Governo é a emanção do Parlamento e o Chefe de Estado ou não é eleito, ou se o for, é-o por sufrágio indirecto e não tem competências reais; os dois órgãos de poder político activo são o Governo e o Parlamento)
    - Presidencial (O Chefe de Estado é o órgão decisivo, é o Chefe executivo e não o Governo; não há responsabilidade política entre o Governo e o Chefe de Estado, mas estes são os órgãos de poder político activo)
  - Sistema Trialista
    - Semi-Presidencial (Três formas de poder político activo: há uma dupla responsabilidade do Governo, perante o Chefe de Estado e perante o Parlamento, sendo que tanto um como outro o podem destituir; tem de haver uma Constituição)
  - O professor Adriano Moreira e a Professora Cristina Queirós identificam um sistema de Governo designado por Presidencialismo do Primeiro-Ministro. Verdadeiramente, esta expressão tem que ver com a preponderância do Primeiro-Ministro.

- Estes três sistemas são compatíveis com um Estado Constitucional Representativo e de Direito:
  - São pós-constitucionais
  - Com separação de poderes
  - Com representação política.
- Sistema Directorial
  - Pode ser pré-constitucional + sem representação política + sem separação de poderes (França + Repúblicas Democráticas da RFA).
  - Pode ser pós-constitucionais + com representação política + separação de poderes (Suíça).
- Sistema Constitucional
  - Pré-constitucional + sem representação política + sem separação de poderes.